

司法考试疑难问题百问解答（一）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E5_8F_B8_E6_B3_95_E8_80_83_E8_c36_479827.htm

问1：2002年的司考第四卷中最后一道题要求写起诉书，我看了标准答案，答案中明确的写出了案例中犯罪嫌疑人所违反罪名的具体法条是第几条。我觉得在考试的时候，不可能把哪个罪名属于第几条记得很具体，因此，在要求书写法律文书时，就不会把犯罪嫌疑人侵犯的罪名属于哪条写得很明确。遇到这种情况该怎么办，一定要明确地写出第几条吗？另外，大纲中提到司法文书太多，有什么好的建议？答：你的认识是正确的，在写文书时，不需要罪名具体是刑法的哪一条。其实文书最好写，只要把格式、框架弄对了，分也就差不多拿到了。司法考试文书你暂时先不用复习，现在复习意义不大，因为是死背框架的东西，一般在考前一个月复习也来得及。

问2：在1994年2月1日以前已经以夫妻名义共同居住但仍未办理婚姻登记手续的，现起诉到法院，是以“事实婚姻”还是“非法同居”认定？答：事实婚姻，是指没有配偶的男女未办结婚登记，便以夫妻名义同居生活，群众也认为是夫妻关系，并双方符合我国法定结婚条件的两性结合。根据《婚姻法解释（一）》第五条第（一）项规定，1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理。据此，符合事实婚姻的条件如下：（1）男女双方同居的时间被限定在1994年2月1日以前。（2）在1994年2月1日之前同居时，男女双方既已经符合婚姻法规定的结婚的实质要

件。也就是说男女双方在1994年2月1日以前同居，但至1994年2月1日尚未符合结婚实质要件的，以及1994年2月1日以后同居的，是同居关系，而不是事实婚姻。根据《婚姻法解释（一）》第四条规定：“男女双方根据婚姻法第八条规定补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方均符合婚姻法所规定的结婚的实质要件时起算。”据此，如果当事人是在1994年2月1日以前同居，在此之前什么时候符合婚姻法所规定的结婚的实质要件，什么时候开始算事实婚姻。

问3：2000年8月20日，甲借给乙5万元钱，约定12月20日还。丙作担保人，约定：“当到期后满两年，乙仍然不还钱，则丙才帮助乙来还。”后到期乙未还。2002年12月20日，甲去找丙，丙说：“过了诉讼时效了，不还。”法院应该支持谁？“两年”的约定有效吗？答：法院应支持甲，“两年”的约定有效。本题中的保证合同是一般保证合同，两年是当事人约定的保证期间，该保证合同的诉讼时效应从2002年12月20日开始计算。

问4：在刑法条文中有这样两个罪名：奸淫幼女罪和嫖宿幼女罪；前者的解释是不论不满十四周岁的未成年幼女是否自愿，对其奸淫的即构成该罪；后者指在嫖娼行为中、嫖宿幼女的犯罪行为。我的疑问是：嫖宿幼女罪中可能幼女是自愿的，但这种情形不正构成奸淫幼女罪吗？在刑法中的这两种说法是否矛盾？答：首先，现在已经没有奸淫幼女罪这一罪名，统统定强奸罪。嫖宿幼女，是指以交付金钱或者其他财物为代价，与卖淫幼女发生性交或者从事其他淫乱活动。嫖宿幼女与强奸幼女的区别主要在于：（1）前者发生在嫖娼的过程中；后者无此时间限制。（2）前者以行为人明知

卖淫的对方是幼女为前提；后者以行为人明知被害人是幼女而予以奸淫为前提，当然不问幼女是否同意，只要双方性器官接触就构成犯罪既遂。（3）前者以对方已经卖淫为前提；如果对方没有卖淫，行为人使用各种手段与之发生性交，则成立强奸罪。综上所述，刑法的关于强奸幼女与嫖宿幼女的说法并不矛盾，只是特殊与一般的关系，根据特殊优于一般的原则，应以特殊为准。

问5：独立制片人甲自酬资金于1995年11月15日首次出版电视剧录像带。甲于1996年10月21日去世。（1）甲是著作权人还是邻接权人？（2）作品著作权中的复制权与邻接权中录音录像制作者享有的许可他人复制并获得报酬的权利有何不同？著作权法第四十一条的保护期“截止于该节目首次播放后第五十年的12月31日”与第二十一条第三款“截止于作品首次发表后第五十年的12月31日”的规定是否矛盾？（3）第二十一条第一款与第三款是一般与特殊的关系吗？

答：（1）本题中的甲是邻接权人。著作权，即版权，是指作者或其他著作权人依法对文学、艺术和科学作品所享有的各项专有权利的总称。复制权属于著作财产权之一，是指作者以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利。邻接权，是指与著作权有关的财产权益，著作权法实施条例第二十六条规定：“著作权法和本条例所称与著作权有关的权益，是指出版者对其出版的图书和期刊的版式设计享有的权利，表演者对其表演享有的权利，录音录像制作者对其制作的录音录像制品享有的权利，广播电台、电视台对其播放的广播、电视节目享有的权利。”作品著作权中的复制权与邻接权中录音录像制作者享有的许可

他人复制并获得报酬的权利的区别，主要表现在以下几个方面：A 前者的享有主体是作者；而后者的享有主体是录音录像制作者。B 两者受保护期限的法律依据不同，起算时间不同。a . 前者的依据是著作权法第二十一条。本条第三款规定的权利主体是导演、编剧等著作权人（不是指录音录像的制作者），其起算是从死亡日期开始。b . 后者的依据是著作权法第四十一条第一款，其起算是从作品首次制作完成开始。（2）对于著作权法第二十一条第一款与第三款的关系可以理解为一般与特殊的关系。

问6：如果签订合同双方的签字日期不同，会不会影响合同的生效日期，也就是说合同真正的生效日期是什么时间（是不是实际履行的日期）？

答：合同双方当事人签字日期不同，以最后一方当事人完成签字时间为合同成立的时间。一般而言，合同成立时间即合同生效时间。

问7：关于2002年11月7日最高人民法院公布的《最高人民法院关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，该司法解释明确规定，具备以下两个条件的，以偷税罪定罪处罚，最高处七年有期徒刑，并处偷税数额五倍以下罚金：（1）纳税人有“伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证”、“在账簿上多列支出或者不列、少列收入”、“经税务机关通知申报而拒不申报纳税”、“进行虚假纳税申报”或者“缴纳税款后，以假报出口或者其他欺骗手段，骗取所缴纳税款”等行为之一；（2）不缴或者少缴应纳税款，偷税数额占应纳税额的百分之十以上且偷税数额在1万元以上。上述两个条件是必须同时具备还是只要满足其中之一条件就可成立偷税罪。

答：司法解释中的两个条件必须同时具备方可成立偷税罪。

问8：怎么

复习海商法和国际经济法？答：海商法应与国际货物运输、国际货物运输保险等一起学习，而不应放在商法中学习，原因在于它们的基本概念及运用都同出一辙，学习起来容易举一反三。

问9：法官法第十一条第三款规定，地方各级人民法院院长由地方各级人民代表大会选举和罢免，副院长等由本院院长提请本级人民代表大会常务委员会任免。第四款又规定，在省、自治区内按地区设立的和在直辖市内设立的中级人民法院院长，由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会根据主任会议的提名决定任免，副院长等由高级人民法院院长提请省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会任免。请问中级人民法院的院长、副院长究竟是由本级人大常委会任免，还是由省级人大常委会任免？答：该问题主要涉及到国家机关的设立。以北京为例，在北京有北京市高级人民法院、北京市第一中级人民法院、北京市第二中级人民法院、海淀区人民法院等，北京的人大则只有北京市人大，海淀区人大等。照此推导，北京市高级人民法院对应的是北京市人大，海淀区人民法院对应的是海淀区人大，对这两级法院院长的任免问题，容易理解。但对北京市第一中院和北京市第二中院院长的产生则有了问题，这是因为没有与之相对应的权力机关。同样，省设地区一级的中级人民法院也没有与它相对应的权力机关，法官法第十一条第四款正好解决这个问题，即对于省设地区中级人民法院和直辖市的中级人民法院，由上一级即省级人大常委会处理；而对于其他的中级人民法院，则均由同级人大或常委会处理。对这类问题的记忆，原则上是：同级人大对同级法院，找不对应的看上面。

问10：关于“企业资质与知识产权”对于母子公司能

否共享？即子公司可否拿母公司获得的资质去从事一定的民事行为呢？答：企业的资质是母子公司是绝对不能共享的；知识产权可以通过许可使用的形式共享。

问 1 1：某甲家中有现金 5 0 0 0 元??一日被盗后，甲得知盗窃人是其邻居某乙。遂趁乙家中无人时，入室盗走这 5 0 0 0 元钱。某甲的这种拿回自己财产的行为是否构成盗窃？答：应是盗窃。

问 1 2：关于婚姻法中探望权的问题。未成年本人是否也可以提出中止探望权的行使？答：最高人民法院《关于适用 中华人民共和国婚姻法 若干问题的解释（一）》第二十六条规定：“未成年子女、直接抚养子女的父或母及其他对未成年子女负担抚养、教育义务的法定监护人，有权向人民法院提出中止探望权的请求。”据此，未成年本人可以提出中止探望权的行使。

问 1 3：以暴力、威胁等方法抗拒税务机关错征税款的行为如何定性？答：既不能定性为抗税罪，也不能定性为妨害公务罪。因为抗税罪在主观方面表现为故意，即明知应缴纳税款而故意用暴力、威胁方法拒不缴纳。如果行为人不具有这种主观故意和非法获利的目的，不构成抗税罪。而妨害公务罪中，对于 4 类工作人员超越职权范围的活动，或者滥用职权、以权谋私、侵犯国家和群众利益的活动，不能视为“公务”，故行为人阻碍 4 类工作人员从事非公务活动的，不成立妨害公务罪。对此，可以区别情况处理，一般的，可按行政处罚；情节严重的，可按故意伤害罪定性。

问 1 4：我想问一下单位犯罪中的“单位”是否必须具有法人资格？答：《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第一条规定：“刑法第三十条规定的公司、企业、事业单位，既包括国有、集体所有的公司

、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。”根据《中外合作经营企业法实施细则》第四条第一款规定：“合作企业包括依法取得中国法人资格的合作企业和不具有法人资格的合作企业。”综上所述，单位犯罪中的单位大都是具有法人资格的，但并非全部，例如：依法成立的合作经营企业，就不一定具有法人资格。

问 1 5：对于票据法第十七条中票据的行使期限问题，我有些拿不准，第（一）项中出票人难道不包括第（二）项中的出票人吗？如果包括的话不又矛盾了吗？答：票据法第十七条中的（一）、（二）项是有一些问题的，对第（一）项中的“票据”应理解为仅指汇票、本票。对商法、经济法的学习，一定要靠多做题。

问 1 6：刘某女家中有财产 2 0 万，欲与其夫离婚又不愿平分财产，遂找王某商议抢劫自己的家。一天刘某在家时王某按约定扮演匪徒入室抢劫，将 2 0 万元存单抢走。刘某和王某应如何定性？t刘某的行为构成抢劫还是诈骗？t 答：刘某和王某的行为均为诈骗。刑法第二百六十六条规定了诈骗罪，是指以非法占有为目的，以虚构事实，隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。

问 1 7：某甲卖牛给 A 得款 1 2 0 0 元，后拿其中的 7 0 0 元去买马，次日卖马人上门退回原款，称某甲给其假币。某甲拿退回的钱和原剩下的钱对照，发现一共有 1 0 0 0 元是假币。某甲断定是 A 买牛时付给其假币，遂和两个儿子商量找 A 赔钱，并提出见牛要牛，不见牛要钱，不给钱就打 A 一顿。某甲找到 A，以 A 买牛付给假币为由索钱，并拿刀出来威胁，遭 A 拒绝后，某甲的两个儿子即上前殴打 A，其中一个儿子在殴打过程中抢

走2700元。案发后，抢得钱的儿子否认抢得钱。问：（1）某甲的行为应如何定性？（2）抢钱的儿子的行为如何定性？答：（1）某甲的行为应认定为伤害。（2）抢钱的儿子的行为应认定为抢劫。

问18：我感觉复习时间不够用，才看完法理学、宪法、商法和经济法，现在半个月了，民法两本书才看了半本，其中很多概念对我来说很陌生，不是很容易理解，看得比较慢，学习中确实遇到一些问题，我都一一作了记号，但我发觉有些问题在后来的学习中自然就解答了。民法可能是最重要的，因此我也看得比较细。但想想离考试才三个多月，真得很着急。答：其实不用着急，你可以在学习民法教程时，交叉做其他法如民诉法的典型题和全真题；或者把《案例解谜》里面的案例题拿来做一个回顾。学海无涯，越学越觉得要学的东西太多。其实你想通一点，400分你只要拿250分就能过关，也就是说，不一定全都兼顾得到，但该拿的分一定要拿，诸如程序法部分，看似司法解释挺多，但只要看过，题做过一遍，一般分都能拿到，尤其是卷四的程序法挑错题。民法固然重要，可民法的分其实是最不好拿的，它需要生活经验和扎实的法理功底。另外，对商法、经济法不可忽视，这部分只要你把高阶教程中的典型题及全真题做过一遍，基本能考的考点都已经涵盖，有印象就能拿分，不会有太大变化，比民法的分好拿多了。

问19：我想请教民法中的几个概念：什么是地上权、地役权、永佃权？答：地上权、地役权、永佃权是传统民法对用益物权的分类，其中：地上权，是指利用他人土地营造建筑物、其他工作物及竹木并对其营造的建筑物、其他工作物及竹木

取得所有权的用益物权。地役权，是指为实现自己土地的利益而使他人土地承受负担的用益物权。永佃权，是指以支付租金为对价，在他人所有的土地上进行永久性耕作或放牧的用益物权。在现代社会，永佃权呈消灭趋势。

问 2 0：共同侵权的成立要件之一是“侵权行为人有共同的过错”，“共同的过错”应如何理解？答：共同的过错，既可以是行为人共同故意，也可以是行为人共同过失，还可以是有的行为人出于故意，有的行为人出于过失。

问 2 1：甲盗窃正在使用中的广播、公用电信设施 4 次，累计数额巨大，在 4 次盗窃中，乙参与甲盗窃正在使用中的广播、公用电信设施 1 次，数额较大。在这个案子中，按照本罪的司法解释，甲定盗窃罪是无疑的，但乙应定何罪？如果定盗窃罪，那又不符合司法解释的数额，如果定破坏广播电视、公用电信设施罪，那甲、乙共同的行为分别定不同的罪，显然不合适。

答：最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第十二条规定：“审理盗窃案件，应当注意区分盗窃罪与其他犯罪的界限：盗窃广播电视设施、公用电信设施价值数额不大，但是构成危害公共安全犯罪的，依照刑法第一百二十四条的规定定罪处罚；盗窃广播电视设施、公用电信设施同时构成盗窃罪和破坏广播电视设施、公用电信设施罪的，择一重罪处罚……”本例中甲应按盗窃罪从重罪处罚，乙则仅构成破坏广播电视、公用电信设施罪，这里不存在合不合适的问题，只能依法定罪。

问 2 2：钱系某私营企业老板，1997 年 6 月 5 日晨 7 点 30 分对招手停下来的出租车司机王某说：“我欲去某宾馆签约，必须八点半以前赶到，否则我将损失 10 万元。”司机王某说：“时间没问题，你放

心吧。后因王绕道加油耽误了时间又遇上上班高峰期堵车，上午9点钟才将钱送到指定地点。钱签约未成而向王某起诉要求赔偿10万元。经查，王某为个体司机，钱某签约不成，造成利润损失10万元属实。现问钱某的这10万元损失，王某是否应该全部赔偿？答：按照合同法第一百一十三条：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见的因违反合同可能造成的损失。在该条规定中“不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见的因违反合同可能造成的损失”该如何理解？如果司机王某不是因为绕道加油耽误了时间又遇上上班高峰堵车，而未能按约将钱某送到指定地点，而仅仅就是因为堵车而未能按约将钱某准时送到，对于10万元的损失王某还要赔偿吗？仅仅是堵车违约构成第一百一十三条所称的“订立合同时预见到或应当预见到的因违反合同可能造成的损失”吗？结合本题，对合同法第一百一十三条规定的“不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见的因违反合同可能造成的损失”的理解为：钱某对招手停下来的出租车司机王某说：“我欲去宾馆签约，必须8点半之前赶到，否则我将损失10万元。”司机王某说：“时间没问题，你放心吧！”据此，说明王某已明知自己行为的后果，也就是说应当预见到因违反合同可能造成的损失是10万元。如果司机王某并未绕道加油，仅仅正好遭遇上班高峰堵车，导致未能按约将钱某送到指定地点，则对于钱某10万元的损失王某是不赔的。其依据是合同法第一百一十七条：

“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”

问 2 3：民事诉讼法规定，简易程序的审理期限为 3 个月，从立案的次日起计算。简易程序转为普通程序，审理期限从何时开始计算？答：根据民事诉讼法意见第一百七十条规定：“适用简易程序审理的案件，审理期限不得延长。在审理过程中，发现案情复杂，需要转为普通程序审理的，可以转为普通程序，由合议庭进行审理，并及时通知双方当事人。审理期限从立案的次日起计算。”

问 2 4：监护人与法定代理人的区别。答：民法通则第十四条规定：“无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。”据此，监护人与法定代理人是同义词。

问 2 5：甲借给乙一台电脑，乙私自将它卖给了丙，在甲得知后并不同意的情况下，甲能否从善意第三人丙处取回电脑。答：根据合同法第五十一条的规定，无处分权人处分他人财物或权利的行为，由于实施处分行为的人无处分权，因而一般不生效力，但经权利人承认，即可产生处分的效力。这一结论的例外情形是，如果当事人之间的无权处分行为符合动产善意取得制度的构成要件，则该无权处分行为也能成为生效的民事行为。具体到本题，如果丙是善意第三人，则甲不能直接向丙要求取回电脑，而只能追究乙的违约责任。

来源：中国法院网 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com